

que ha dado un inmueble en hipoteca y no tiene el poder absoluto en la cosa que caracteriza la propiedad no puede, como el propietario, disponer de ella para destruirla; no puede gozar ni administrarla como quiera; obrará como un buen padre de familia; su derecho de propiedad no es completo, está desmembrado. Si la hipoteca es un desmembramiento de la propiedad es, por lo mismo, un derecho inmobiliario. En vano se diría que el acreedor hipotecario no ejerce ningún derecho en el inmueble; el art. 526 contesta á la objeción. La servidumbre siempre es un derecho inmobiliario y hay, sin embargo, servidumbres que el propietario del fundo dominante no ejerce en el fundo de servidumbre en el sentido de que no hace ningún acto en él: tal es la servidumbre de no construir ó de no construir sino hasta tal altura. ¿Por qué es un derecho inmobiliario esta servidumbre? Porque la propiedad del fundo de servidumbre no es completa, está desmembrada en favor del fundo dominante. Sucede lo mismo con la hipoteca. El propietario del inmueble hipotecado no puede disponer de él como dueño absoluto; no puede ejecutar ningún acto que perjudique al acreedor; luego su derecho de propiedad está desmembrado en provecho de aquél, lo que basta para que la hipoteca sea un derecho inmobiliario, al mismo título que la servidumbre de no construir.

Se admite generalmente que la hipoteca es un desmembramiento de la propiedad. Solamente M. Demolombe hizo una distinción. El derecho de hipoteca, dice, no fracciona el derecho de propiedad; lo envuelve, lo abroga, pero estorba su ejercicio más bien que dividir el derecho mismo entre el propietario y el acreedor. (1) Martou, nuestro excelente jurisconsulto, dice que esta distinción está en la palabra y no en las cosas; podría haber dicho que sólo son pa-

1 Demolombe, t. IX, p. 370, núms. 471 y 472. Compárese Marcadé, t. II p. 344, núm. 4. En sentido contrario, Martou, t. II, p. 300, núm. 390.

labras en las que en vano se buscaría una idea. ¿Queda entero el derecho del propietario que ha hipotecado un inmueble? Nó, porque está desmembrado, y lo está en favor del acreedor hipotecario; luego el derecho de éste es inmobiliario.

Hay otra opinión que admite que la hipoteca desmembra la propiedad y que, sin embargo, la considera como un derecho mobiliario. La hipoteca, se dice, garantiza un crédito; es, pues, el accesorio de un derecho mobiliario y, por tanto, toma su naturaleza. (1) Esto es razonar mal; nos parece. El accesorio toma la naturaleza del principal cuando se confunde con él, no haciendo más que uno. Seguramente no se dirá que es en este sentido en el que la hipoteca es el accesorio del crédito; lo es porque está afectada al pago de la obligación, lo que quiere decir que no puede haber hipoteca sin obligación principal; pero la garantía no tenía la naturaleza del derecho que garantiza. De esta manera se puede constituir un empeño para garantía de un derecho inmobiliario: ¿se dirá que la prenda se hace inmueble porque la obligación principal es inmobiliaria? Esto sería absurdo. En nuestro concepto también es absurdo decir que la hipoteca que por sí es inmobiliaria se convierte en un derecho mobiliario porque la obligación principal es mobiliaria.

Num. 2. De la indivisibilidad de la hipoteca.

I. Principios generales.

175. «La hipoteca es por su naturaleza indivisible» (artículo 41; Código Civil, art. 2114). ¿En qué sentido es indivisible? La Corte de Casación tomó al pie de la letra lo que dice el art. 2114 y concluyó que la hipoteca es un de-

1 Durantón, t. XIX, p. 356, núm. 141. Compárese Valette, ps. 181 y siguientes.

recho indivisible en el sentido del art. 1217 y del 1218; (1) es decir, que se trata de una indivisión absoluta ó de una indivisión de una obligación que se asimila á la indivisión absoluta. Este es un error que se dificulta concebir. Todos reconocen que la hipoteca se puede dividir, y lo que caracteriza la indivisión propiamente dicha es que el derecho indivisible no implica división; ¡Cosa extraña! La Corte de Casación reprodujo un error en el que los glosadores habían caído y que Dumoulin levantó. El gran jurisconsulto dice muy bien que la hipoteca, por su esencia, es indivisible, puesto que nada impide á las partes estipular que la obligación principal se divida y que, por lo mismo, se divida igualmente la hipoteca. ¿Por qué la ley la declara indivisible? Porque tal es el interés del acreedor; le importa conservar la integridad de su garantía, aunque el crédito llegara á convertirse en divisible, porque la garantía puede por causas imprevistas ser insuficiente, y la hipoteca se estipula en interés del acreedor; la ley ha debido pues, suponer que la intención de las partes era hacerla indivisible. Es decir, ¿que resultaría una indivisión de obligación como en el caso del art. 1218? No, la hipoteca siempre podrá ser dividida por la voluntad de las partes, sin que resulte una novación de la obligación primitiva, mientras que la indivisión de obligación llega á ser una indivisión absoluta en el caso previsto por el art. 1218. (2)

176. El Código Civil y nuestra Ley Hipotecaria han tomado de Dumoulin la fórmula que determina los efectos de la indivisión. «La hipoteca subsiste entera en todos los inmuebles afectados en cada una y sobre cada porción de ellos» (art. 41; Código Civil, art. 2114). Para la aplicación del principio se debe considerar la indivisión con relación

1 Denegada, 18 de Julio de 1858 (Dalloz, 1856, 1, 125). En sentido contrario, Pont, t. I, p. 344, núm. 331.

2 Dumoulin, *Extrictio labyrinthi dividui et individui*, pfo. 3, núms. 27 á 31.

á los bienes hipotecados y con relación al crédito al que afecta la hipoteca.

La hipoteca subsiste en los bienes gravados hasta el pago íntegro de la deuda. Si se dividen los fundos hipotecados, ya sea por venta, ya por sucesión, cada inmueble y cada parte de él quedan afectados con la deuda, como si únicamente estuvieran gravados con la hipoteca. De igual modo si la deuda se paga en parte ó si se divide la división ó la extensión parcial de la deuda no tiene ninguna influencia en la hipoteca; subsistirá entera aunque la deuda esté pagada parcialmente ó que el detentor del inmueble hipotecado esté obligado personalmente en parte. Esta última consecuencia del principio de indivisión está formulada en varios artículos del Código Civil. Las deudas se dividen entre los herederos; cada uno está obligado personalmente por su parte hereditaria; pero el que es detentor del inmueble hipotecado á la deuda está obligado hipotecariamente por el todo (art. 873. Compárense arts. 1009 y 1012). Hé aquí una ventaja más de la indivisión de la hipoteca. Por la acción personal el acreedor sólo obtendrá un pago dividido; por la acción hipotecaria puede promover por el todo. (1)

177. Se ve que la indivisión de la hipoteca no hace indivisible la obligación; se divide activa y pasivamente entre los herederos del acreedor y los herederos del deudor. De aquí importantes consecuencias en lo relativo á la prescripción. En los términos del art. 2249 la interpelación hecha á uno de los herederos del deudor solidario, ó el reconocimiento de este heredero, no interrumpe la prescripción con respecto á los demás coherederos, *aunque el crédito fuera hipotecario*, si la obligación no es indivisible. La hipoteca, aunque garantice el pago de toda deuda, no impide, pues, que se extinga parcialmente por la prescripción que corre

1 Valette, p. 133; Martou, t. II, p. 302, núms. 693 y 694.

en favor de uno de los herederos del deudor: de igual modo uno de los herederos del acreedor puede perder su parte en el crédito, mientras que su coheredero habrá conservado la suya interrumpiendo la prescripción. No hay ninguna correlación entre la acción hipotecaria, que es indivisible, y la acción personal, que es divisible. (1)

178. El deudor no se puede prevalecer de la indivisión de la hipoteca. Esta resulta de la intención de las partes contratantes. El deudor consiente la indivisión en interés del acreedor; no puede, pues, invocar contra el acreedor una garantía que se le ha concedido. Si muere el acreedor dejando varios herederos el crédito se divide de pleno derecho entre ellos; cada uno puede pedir su parte en el crédito, resultando que la hipoteca subsistirá entera apesar del pago parcial. Esto no autoriza al deudor á exigir que los diversos herederos se acomoden para recibir el pago íntegro del crédito y á conservar la inscripción hipotecaria. La Corte de Casación lo juzgó así y la cuestión no es dudosa. El deudor no tiene siquiera el derecho de quejarse de las acciones divididas, pues por su parte tiene el derecho de pagar á cada uno de los herederos su parte en la deuda; luego depende de él liberarse con relación á todos y obtener la cancelación de la inscripción. (2)

179. Todos los autores enseñan que la ley, al decir que la hipoteca es indivisible por naturaleza, entiende decir que no lo es por esencia; de donde concluyen que las partes pueden hacer convenciones contrarias. El derecho de las partes para hacer las convenciones que juzguen convenientes relativamente á la indivisión de la hipoteca no es dudoso, puesto que la indivisión misma se funda en su intención. Pueden convenir que si la deuda está pagada parcialmente, ya porque el acreedor consienta en recibir un pago parcial,

1 Durantón, t. XIX, p. 366, núm. 246. Pont, t. I, p. 347, núm. 333.

2 Denegada, 9 de Noviembre de 1847 (Dalloz, 1848, 1, 49).

ya porque la obligación se divide entre los herederos, la hipoteca se extinguirá en la misma proporción: es decir, que se reducirá á una parte del inmueble ó de los inmuebles hipotecados. Pero es un error considerar esta reducción de la hipoteca como una excepción á la indivisión. La hipoteca reducida así ó extinguida parcialmente quedará indivisible como lo era la hipoteca primitiva; el principio de la indivisión sólo se ha modificado en el sentido de que la hipoteca se extingue parcialmente, mientras que de derecho común se extingue por el pago de toda la deuda. (1)

II. Del concurso de una hipoteca general y una hipoteca especial.

180. La indivisión de la hipoteca da lugar, bajo el imperio del Código, á una cuestión muy controvertida en el caso en que teniendo el acreedor una hipoteca general se hallara en concurso con un acreedor posterior que no tuviera más que una hipoteca especial constituida en un inmueble comprendido en la hipoteca general. Se pregunta si el primero en virtud de su hipoteca general podría ejercer su derecho en el inmueble gravado con una hipoteca especial. Bajo el imperio de nuestra Ley Hipotecaria la cuestión no se puede presentar en estos términos, puesto que ya no hay hipotecas generales en el sentido del Código Civil. Sin embargo, aun hay hipotecas que pueden recaer en todos los bienes del deudor: tal es la hipoteca legal del Estado sobre los bienes de los contadores: tal sería también la hipoteca convencional que gravara todos los bienes del deudor. El conflicto entre una hipoteca general así definida y una hipoteca especial es, pues, siempre posible y, por consiguientes, la dificultad puede aún presentarse.

1 Martou, t. II, p. 304, núm. 695. Pont, t. I, p. 346, núm. 332. Compárese Durantón, t. XIX, p. 362, núm. 245.

181. Si se atiende uno al rigor de los principios la solución no es dudosa. Un primer acreedor estipula una hipoteca sobre una casa, un terreno y un bosque. ¿Cuál es su derecho? La ley contesta (art. 41; Código Civil, art. 2114) que hay un derecho indivisible que subsiste completo sobre todos los inmuebles afectados y sobre cada uno de dichos inmuebles. El acreedor puede, pues, ejercer su derecho en los tres fundos afectados de su crédito, ó sobre aquel de los tres fundos que quiera escoger. Posteriormente el deudor concede una hipoteca en la casa, después una segunda en el terreno y una tercera en el monte. Se abre una orden por el monte. ¿El acreedor que tiene una hipoteca general en los fundos del deudor puede presentarse en la orden? La afirmativa no es dudosa. La hipoteca recae en el monte y lo grava para la seguridad de todo su crédito. Este derecho no le puede ser quitado por una mera concesión de hipoteca que el deudor consiente en dicho monte; luego el acreedor puede ejercerla, y prevalecerá al segundo acreedor inscripto en el mismo fundo. Es verdad que resultaría de este concurso en la hipoteca general que la especial puede volverse ineficaz y, por consiguiente, el segundo acreedor perderá su garantía y su crédito. ¿Pero qué importa? El segundo acreedor no puede quejarse de que el primero le favorezca; debía esperararlo, puesto que el primer acreedor, teniendo hipoteca general, tenía un derecho en el monte para la seguridad de todo su crédito. En vano el segundo acreedor diría que el primero puede también ejercer su derecho en la casa y en el terreno; que igualmente le están hipotecados y que la equidad pide que así lo haga; esta es una consideración de equidad, á la que volveremos; pero la equidad está subordinada al derecho, no autoriza al intérprete para hacer una excepción á la ley.

Acerca del principio todos están acordes. (1) La Corte
1 Pont, t. I, p. 354, núm. 336; Aubry y Rau, t. III, p. 413.

de París, que había primero sentenciado que el acreedor podía ser obligado á dividir su hipoteca, volvió sobre su error condenado por el texto del Código Civil. (1)

182. ¿Recibe este principio excepciones ó restricciones? Aquí entramos en un dédalo de controversias que se hubieran evitado si se hubieran atendido al rigor del derecho. Cuando un principio está establecido por la ley el legislador solo puede modificarlo ó restringirlo, á no ser que permita á las partes que lo deroguen. La indivisión de la hipoteca es una de las reglas de nuestro régimen hipotecario que la ley abandona á la libre convención de las partes interesadas (núm. 179). Síguese de esto que el acreedor puede renunciar al derecho que le da la indivisión de la hipoteca, y esta renuncia puede ser expresa ó tácita. Se supone que se abre una orden en todos los inmuebles que le están hipotecados: tiene el derecho de hacerse colocar en el precio de todos los inmuebles; pero si acepta una colocación restringida á un solo inmueble renuncia implícitamente á la colocación en el precio de los demás inmuebles, á no ser que reserve sus derechos. Si, pues, la colocación que aceptó fuera insuficiente ya no podría obligar á los otros acreedores á reportar las sumas que recibieron. No se podría contestar el principio de la renuncia; el único punto en el que puede y debe haber debate es en la cuestión de saber si hay renuncia; esto es una cuestión de intención que el juez decide soberanamente.

La jurisprudencia ha consagrado esta doctrina aplicándola á la mujer dotal que en una orden abierta en los bienes de su marido acepta una colocación especial en el precio de uno de estos inmuebles. (2) No entraremos en estos pormenores, puesto que la dificultad se presenta pocas

1 París, 5 de Abril de 1811 y 24 de Noviembre de 1814 citadas por Pont.

2 Véanse los testimonios en Aubry y Rau, t. III, p. 413, nota. 19.

veces, según nuestra ley, que no admite ya las hipotecas generales, judiciales y legales.

La renuncia del acreedor es la única excepción que se puede admitir, pues la ley no las hace. Se enseña, sin embargo, que los demás acreedores pueden obligar á aquel que tiene una hipoteca recayendo en dos inmuebles á conformarse con una colocación en el precio de uno de éstos y que, por consiguiente, pueden pedir que se les coloque en los demás inmuebles si dan caución de devolver el monto de sus colocaciones en que la colocación especial fuera insuficiente para desinteresar al acreedor que tiene una hipoteca general. (1) Hé aquí ya la equidad que se introduce en el dominio del derecho para limitarlo; en nuestro concepto sólo el legislador tiene este poder, el intérprete debe atenerse á la ley; y el derecho del acreedor que tiene una hipoteca general está escrito en nuestro texto: puede pedir que se le coloque en el precio de todos los inmuebles señalados para su crédito y oponerse á la entrega de facturas á acreedores posteriores hasta que se le pague íntegramente.

183. Llegamos á las aplicaciones más ó menos controvertidas. Hay una consecuencia de la indivisión, que es evidente: es que el acreedor que tiene una hipoteca en varios inmuebles no puede estar obligado á dividir su demanda de colocación, llevándola proporcionalmente en el precio de todos los inmuebles que le están señalados. Esto está admitido en principio por la doctrina y la jurisprudencia. (2) Pero al aplicar el principio los autores y las cortes se apartan de él más ó menos.

Se supone primero que uno solo de los inmuebles hipotecados se haya vendido; se abre una orden en la que se presentan el acreedor, que tiene una hipoteca general, y los acreedores posteriores, que tienen hipotecas especiales. El

1 Aubry y Rau, t. III, p. 413, pfo. 284, 4.ª edición.

2 Véanse las citaciones en Aubry y Rau, t. III, p. 413, pfo. 284, nota 20.

primer acreedor puede pedir que se le coloque por todo su crédito. Esto es su derecho y es decisivo. Lo mismo pasa cuando todos los inmuebles hipotecados se han vendido, el principio es idéntico. Aquí, sin embargo, se hace una restricción. Se admite la aplicación del principio cuando hay órdenes separadas abiertas en diferentes tribunales. ¿Por qué esta condición? Es de nuevo la equidad la que se oye y que domina en realidad en esta materia en la doctrina y en la jurisprudencia. La equidad está en favor del acreedor en ambos casos que acabamos de suponer. En efecto si sólo se le concediera una colocación parcial estaría obligado á recibir un pago semejante y luego promover en los demás inmuebles que le son señalados. (1) No nos gusta el motivo de decidir porque implica que si la equidad era para los acreedores teniendo una hipoteca legal prevalecerían apesar del derecho que la indivisión da al primer acreedor.

184. ¿Cuál es, en estos dos casos, la situación de los acreedores que tienen una hipoteca especial? La hipoteca se hace ineficaz; en nuestra opinión (núm. 178), no tienen derecho de quejarse. La doctrina, preocupada con la equidad, trató de auxiliarlos imaginando una subrogación de equidad; el precio del inmueble que les está hipotecado sirve para desinteresar al acreedor que se paga en perjuicio de ellos. ¿No es justo que estén subrogados en sus derechos? Tarrible olvida que no hay subrogación legal sin ley ni en principio subrogación sin pago; y la pretendida subrogación que admite no está consagrada por el Código (artículo 1251); y en el caso no son los acreedores posteriores los que pagan al acreedor anterior, éste les prevalece por razón del lugar que le da su inscripción. La opinión de Tarrible no encontró favor, los autores y la jurisprudencia la rechazan. (2) Cuando los trabajos preparatorios en los que se

1 Aubry y Rau, t. III, p. 414, pfo. 284, nota 21.

2 Véanse los testimonios en Aubry y Rau, t. III, p. 414, pfo. 284, nota 22, y en Pont, t. I, p. 356, núms. 337 y 338.